aa6
44

IESVS, MARIA, IOSEPH.

POR

LOS DIPVTADOS DE LOS ACREEDORES DE DON GVILLEN DE CASSAVS,

Depositario general que fue de esta Ciudad: y por Iuan de Cabrera Defensor de los bienes de el dicho Don Guillen:

EN EL PLEYTO

CON

LOS HEREDEROS DE D. MARIA DE ARELLANO

Viuda de Fernando Lopez Ramirez.

PRETENDEN Los Diputados, y Defensor, que los bienes de Don Guillen han de ser dados por libres de la demanda puesta contra ellos por los dichos Herederos. Y caso que no aya lugar, y que se le aya de dar grado a los dichos Herederos en el concurso de los Acreedores, ha de ser en el que le tocàre, conforme a la escritura de 4. de Iunio de 630. años: y no por dinero; sino por juro de la cantidad contenida en la dicha escritura: y sin reditos.

Conforme a esta pretension, las dudas y questiones de este pleyto, se diuiden en quatro puntos.

En el primero se fundarà que a D. Maria de Arellano, y a sus Herederos no se les debe cosa alguna de lo que piden, y pretenden en este pleyto,

En el segundo, que en caso que alguna cosa se les debiesse, por ello solo les pertenece grado, como a Acreedores personales, por la euiccion y saneamiento de la venta de el juro de ochocientos ducados, y quando mucho como hypotecarios con antiguedad, conforme a la escritura de.4.de Marzo de 630. años.

En el tercero, que los actores de este pleyto quando (sin perjuyzio de la verdad) tuuieran derecho contra los dichos bienes, no es absolutamente por quantidad, sino por vn juro de ochocientos ducados de renta sobre alcaualas de Seuilla a finca de ciento y treinta quentos, con las calidades contenidas en dicha escritura de quatro de Marzo.

En el quarto, que en ningũ caso se deben reditos, a lo menos en la cantidad que pretenden los Herederos de D. Maria de Arellano en su demanda.

Y antes de entrar en la disputa de los quatro pũtos referidos: se aduierte que este pleyto no tiene estado de poderse determinar en la causa principal. Suponiendose, lo primero que la demanda no solo concluye pidiendo condenacion de veinte mil ducados por la escritura de.9.de Iulio de 627. y reditos de ellos desde el dicho dia: que esto mira principalmente a el Defensor: sino grado en el concurso de los Acreedores desde el dicho dia, que mira a el perjuyzio de los que estan graduados por Executoria, y tiene cada vno grado conforme a sus antelaciones.

Lo segundo se supone que en este cõcurso ay dos generos de Acreedores: Vnos por depositos de la Depositaria general q̃ tuuo Don Guillen, los quales tienen vn mismo grado y antelaciõ desde el dia que Don Guillen entrò a vsar el dicho oficio: y a estos representan el Iurado Alonso Gutierrez Arias, y Iuan Perez Enriquez, por diputacion y nombramiento que en ellos se hizo. Otros son Acreedores por diferentes contractos y negociaciones que con ellos tuuo Don Guillen, antes y despues de ser Depositario general, los quales tienen grado cada vno conforme a la antiguedad y calidad de sus creditos; y a estos representa por particular disputacion Francisco Rodriguez Bueno, que està en Madrid.

Con este vltimo no se ha substanciado legitimamente esta causa: porque aunque se despachò Requisitoria para notificarle la demanda de los Herederos, y que diesse poder con apercebimiento de Estrados, y se notificò, no ha dado poder, ni los au-

cos

tos se han notificado en los Estrados por el dicho Diputado, ni los terminos y prorogaciones: y assi en quãto a los dichos Acreedores no està substanciada la causa, ni se han defendido, ni aun consta que el dicho Diputado tẽga poder para responder a nueua demanda: y siendo esta de tanta importancia, que en el cõcepto de los Herederos importa casi quarenta mil ducados de principal y reditos con antelacion desde.9.de Iunio de.627. Cõque casi todos los demas Acreedores quedan en inferior grado: y aũque no fuesse cosa de tanta importancia, la primera citacion se debia notificar a los mismos interesados en persona, y haziendose de otra suerte, causa nulidad: In qualibet instancia, glos. in l. non inuitus. C. de procurato. cap. non iniustè eodem tit. & vtrobique scribentes Castr. cons. 12. & 16. Afflict. in constit. Napol. lib. 2. Rubric. 17. Boerius decis. 285. n. 6. maximè tocandoles interese principalmente. l. in causa. §. causa enim cognita de minoribus. l. de vnoquoque de re iud. Merlin. controuer. foren. cap. 15. n. 34. Tanto mas pues ni aun con el Diputado se han hecho los autos. Y aũque V. md. fue seruido de declarar que no auia lugar esta pretension, y mãdò que este pleyto se traxesse en difinitiua, de este auto està apelado por el Defensor para el Consejo, auiendo primero pedido que se declarassen por nulos los autos y probanças: y siendo este articulo tan importante, parece que causa perjuyzio a la causa principal para que no se pueda proceder en ella, y la pueda alegar el tercero, porque es excepcion totalmente exclusiua, Surdus decis. 108. n. 15. & 20. Y quando mea interst, possum allegare ius tertij. Fab. lib. 4. C. tit. 16. definit. 2. Y qualquiera lo puede alegar excipiendo idem lib. 8. tit. 8. definitione 3. in fine.

Esto auemos aduertido para que no se introduzga alguna nulidad, que embarace el buen sucesso que esperamos en este pleyto; no empero porque no entramos en la causa principal con mucho animo, que nos lo dà los grandes fundamentos de Derecho que tenemos, que ponemos a los pies de tanto Iuez, para que omnium discusa veritate, secundùm id quod æquum, & iuri consentaneum est, proferatis sententiam, æquum ab iniquo separantes.

No haremos particular relacion del Hecho, porque en el discurso de este papel la haremos para introduzir los fundamẽtos de Derecho.

QVO.

QVOAD PRIMVM,

Que a Doña Maria de Arellano y a ſus Herederos no no ſe les debe coſa alguna de lo que pretenden en eſte pleyto.

LOs Herederos pretenden que ſe les deben, y ha de ſatisfazer de los bienes de Don Guillen veinte mil ducados de vellon con los reditos corridos, y que corrieren deſde el dia.9.de Iulio de.627.haſta la real paga; aſsi lo concluye la demanda fol.99.

Para excluſion de eſta pretenſion baſtaua ſolo el deſnudo hecho de que conſta por el pleyto, videlicet, que por eſta eſcritura no pueden pedir coſa alguna los Actores, porque por los autos del primero ramo conſta que Doña Maria de Arellano cedio eſta eſcritura a Doña Maria Venegas, la qual dio carta de pago en fauor de Don Guillen, conque ſe quitò toda obligacion con el medio mas eficaz que conoce el Derecho: porque con ella omnis tollitur obligatio, y no ſolo las acciones vtiles que paſſaron con la ceſsion en el ceſsionario, ſino las directas que quedaron radicadas en el cediente: eſta es la fuerça y efecto de la paga l.ſoluitur.D.quibus mod.pignus, & hyp.ſol.l.nulla.C.de ſoluc. Y aun baſtaua ſolo auer començado a pagar a el ceſsionario, para que el cediēte no tuuieſſe el exercicio de las directas, ex vulg. l.3.C.de nouat. Y aſsi Doña Maria de Arellano y ſus Herederos litigan ſin accion en eſte pleyto, porque ſolo piden en virtud de la primera obligacion, que como queda dicho, con la ceſsion y carta de pago, o con la noticia de la ceſsion, o auer començado a pagarla, quedò impedida de vſar de ella: y los autos y probanças que ſe han hecho por los Actores, en orden a pretender que la ceſsion y carta de pago de eſta deuda, fue en cōfiança (demas de los defectos que luego ſe aduertirā) tiene vno inſanable, porque todo ſe ha hecho ſin citacion de Doña Maria Venegas, ſiendo aſsi que ſe trata con eſto de perjuyzio grauiſsimo ſuyo, pretendiendo que la ceſsion de los veinte mil ducados hecha en ſu fauor fue aparente, y no verdadera, antes ſimulada y fingida: y aunque eſte derecho es de tercero, ſiendo como es excluſiuo de la pretenſion contraria, ſe puede y debe admitir, ex ſup.traddit. quibus adde eundem Fabr, lib.8.C.tit.6.defin.18. Surdum conſ.

48.n.18. Y menos puede juzgarse por la segunda escritura contra los bienes de Don Guillen: porque en todo este pleyto alegan y articulan los Actores que D. Maria de Arellano no recibio los diez y seis mil ducados de plata de la segunda escritura, y que se compuso de resto de la primera, y de los intereses de la reduccion de plata a vellon, siendo assi que como queda referido, la deuda de la primera escritura està cedida, y pagada como queda referido. Y en efecto nada se pide por la segũda escritura.

Pero aun pretendemos que nũca debio Don Guillen los veinte mil ducados de la primera escritura a Doña Maria de Arellano, ni èl los recibio de ella, y que fue fingida y simulada: lo qual se prueba con la declaracion hecha por D. Maria en el pleyto primero en la primera hoja, ibi:

Dixo que esta declarante no ha tenido con el dicho D. Guillen mas tratos y contratos que auelle prestado algunas partidas a el dicho Don Guillen, y que no se acuerda quantas serian las partidas, ni de que cantidad, y q̃ se acuerda que fueron algunas librançass en Luis de Medina, o Alõso de Medina Mercaderes de Plata, y que no se acuerda si otras partidas se le librarõ en otro Mercader de Plata; y que la paga de estos prestamos la recebia esta declarante en algunas pagas menores por cedulas para el gasto de su casa, y otras cosas menudas hasta en cantidad de ochocientos y mil reales, y algunas de dos mil, a lo que se quiere acordar, y que a tiempos se ajustauan de quentas, y el dicho D. Guillẽ venia a su casa de esta declarante, y se ajustauan de quentas, y luego se rompian las cedulas; y el dicho Don Guillen hizo cierto alcance en el vltimo ajustamiẽto de quenta, no se acuerda que cantidad, que consta por la escritura, y la paga que esta declarante hizo, y la chancelacion que se hizo de la dicha escritura de el dicho alcance, que el pleyto ha de estar ante el dicho señor Oydor, como juez de la quiebra: y esto responde.

Y preguntada, diga y declare que juros o tributos ha comprado de D. Guillen de Cassaus, o de otra persona por su orden puestos en cabeça del dicho Don Guillen, o de otra persona, y que precio ha dado por ellos, y con quien ha tratado y contratado la venta della, y quien se le ha obligado a traer los dichos juros y si este trato ha sido por escritura, o cedula, por que tiempo, y ante que Escriuano. Dixo que esta declarante niega auer comprado del dicho D. Guillen ningun juro ni tributo, ni de otra persona por su orden, y assi no ha tratado ni contratado en razon de esto con el dicho Don Guillen, ni otra persona. Y luego dixo que recorriendo su memoria, se quiere acordar dudosamente si vna vez tratò con el dicho Don Guillen, de que le traxera en cabeça de esta declarante vn juro, de cuya cantidad no se acuerda, y hablarà con cierta persona que fue Capellan

pellan suyo, que se llamaua Ordoñez. Y luego dixo que este està en las Indias, q̃ avrà tres años que fue a ellas, y que recorrerà su memoria para ver si se acuerda. Y esto responde.

Preguntada si para el juro que dize dudando que se auia de traer en su cabeza, esta declarante ha desembolsado, pagado, o librado alguna cantidad de marauedis en fauor del dicho Don Guillen, o otra persona por su orden: Dixo, que no ha desembolsado esta declarante marauedis algunos para el dicho efecto, ni se acuerda de tal. Y esto responde.

No puede auer prueba mas eficaz, y concluyente de no auerse recebido los veinte mil ducados de esta deuda, que la confession de la misma parte; notatur in.l.admonẽdi de iure iur.l.exẽplo.C.de probat.l.cùm de indebito.C.de probat. Maximè quãdo es judicial, notatur in.l.si apud acta. C. de transacti. el señor Valençuela cons.27.n.1.Grato cons.48.tom.2.n.15.

Los Actores, para excluir esta confession, han pretendido q̃ padecio error en ella D. Maria, y que el dinero se recibio realmente, y para esto se valen de la probança que han hecho en este pleyto por la segunda pregunta de su interrogatorio, que en substancia contiene, *Que el dia nueue de Iulio de.627. Doña Maria de Arellano entregó a Don Guillen veinte mil ducados en vellon, en dinero contado, para la compra de vn juro, por escritura publica que otorgaron el mismo dia.*

Esta pregunta es contraria a lo que tiene alegado D. Maria en el primero pleyto en peticion de.23. de Agosto de 633. ibi: *Lo que en esto passa es, que yo di en guarda y fiel encomienda a el dicho Don Guillen de Cassaus, veinte mil ducados en moneda de vellon, de los quales saquè algunas partidas pequeñas, que por mis libranças pagò; y ajustada quenta, pidiendole el resto el susodicho, se me obligó por escritura ante Andres Mexia Escriuano Publico, a traerme vn juro en el Almoxarifazgo mayor, con ciertas condiciones, como de ella consta, que se otorgó en.9. de Iulio de.627. &c.* De modo que conforme a esta alegacion, el entrego fue antecediẽte a el dia de la escritura, y aun parece que huuo muchos dias en medio, pues huuo lugar de dar diferentes librancas en el intermedio de el entrego, y otorgamiento de la escritura. Y con todo se dize en la pregunta, que el dia de su otorgamiento se entregaron veinte mil ducados en dinero de contado; y lo peor es, q̃ lo cõcluye assi Pedro de Aristi testigo presentado por los Actores, el qual dize, *Que el dia, mes y año que dize la pregunta, entregó Doña Maria de Arellano a Don Guillen de Cassaus, que estaua presente, los veinte*

mil

mil ducados en moneda de vellon, que dize la pregunta, &c. Y lo sabe porque se hallò presente a el entrego del dinero, y ayudò a entregar la mayor parte del dicho dinero. Pero quiso Dios que no huuiesse otro testigo côteste, y que fuesse, como queda aduertido, contrario a lo alegado en dicha peticion: y que contenga esta declaracion grande inuerisimilitud, porque el testigo quando declarò, dixo que tenia treinta años, y auia diez y siete que se auia otorgado la escritura; demodo que no tenia treze años quando dize se hallò a el entrego, y passados diez y siete años se acordò de dia, mes y año, y de entrego de veinte mil ducados en vellon entregados en vn dia: y auiendose hecho el mismo dia la escritura, dize que despues supo que la auian hecho; siendo assi que D. Maria dize en la misma peticion, y alegò en todo el pleyto, que auia padecido oluido en la declaracion que auia hecho el dia de la peticion, siendo hecho proprio, y tan notable, y que el de la primera escritura auia seis años que auia passado, y el de la segunda tres años. Intolerable oluido en hecho proprio. Alex. in. l. peregrè. D. de adquir. poss. in princip. vers. *Fallit nisi factum proprium*. Grat. discept. forens. cap. 946. n. 35. y siendo cosa tan notable como dar veinte mil ducados, Menochius cons. 264. n. 13. ibi: *Immo nec facti antiqui egregij obliuio præsumitur*, Capitius decis. 69. n. 15. Y en vna muger que no facilmente oluida lo que pierde: *Porque son las mugeres naturalmente cobdiciosas, y auariciosas*, como dixo la ley. 3. tit. 11. partida 4. Y tambien es intolerable el recuerdo de el testigo, q̃ passados diez y siete años, se acordô del hecho ageno, que dize vio siendo de treze, con recuerdo de dia, mes y año puntual.

Doña Micaela Monja professa en San Leandro, aunque sin licencia de su Prelado, dize con mas modestia, porque dize q̃ por vn dia del verano de 627. vio que vn Escriuano hizo la escritura, y que la leyò, y oyò que D. Guillen de Cassaus recebia veinte mil ducados, y se obligaua a traer vn juro de mil ducados de renta, y que por no traerlo, vio que D. Maria hazia instancia cô èl para que le traxesse el juro, y en particular vna vez yendo a vna heredad del campo, y q̃ auia quedado de traerlo muy presto: y que quando se hizo la escritura, estaua presente su madre de el testigo, que ya es difunta, y D. Ana de Biuero su hermana.

Este testigo tiene el defecto de ser Religiosa, y auer declarado sin licencia de su Prelado, y assi no haze prueba, cap. quamquam. 14. q. 2. Abb. in cap. cùm Nuntius. n. 3. de testibus. Y que

no

no dize de entrego de el dinero, si solo que Doña Maria pedia a Don Guillen el cumplimiento de la escritura, y que D. Guillen lo prometia, sin que tenga otro testigo conteste; antes siendo assi que la pregunta dize, que el mismo dia que se entregò el dinero, se hizo la escritura: y residiendo este testigo con su hermana en casa de Doña Maria, vio hazer la escritura, y no vio entregar el dinero. Y la hermana a quien cita por conteste en auer visto hazer la escritura, dize que por aquel tiempo oyò en casa de Doña Maria, que se auia hecho la escritura, pero no lo viò. Y ya se sabe que quando vn testigo cita a otro, si el citado no lo dize, no haze prueba alguna la declaracion de el que cita. Baldus in cap. cum causa. n. 17. extra de testibus, Alex. cons. 19. n. 7. in fine lib. 4. Petra de fideicommiss. q. 12. n. 1357. & 1359. Marcus Antonius Eugenius cons. 27. n. 51. Mascardus de probat. conclus. 1368 num. 1.

El Licenciado Alonso Loçano dize, que vn dia de Iulio vio q̃ en casa de la dicha Doña Maria, y por su orden, se entregò mucho dinero a Don Guillen, no sabe quanto, mas de que era mucho, y a ella le oyò que era para vn juro, y q̃ el y los demas obligados auian hecho escritura de ello.

Conforme a lo que dize este testigo, y a lo articulado, y a lo q̃ depuso Pedro de Aristi, la cãtidad se entregò, y la escritura se hizo en vn dia, y en casa de Doña Maria vno y otro: y assistiendo las dos hermanas en ella, y siendo vna casa tan llena de criados, y siendo tãto el dinero, no vio el entriego mas de Pedro de Aristi, y no hazer la escritura: y el Licenciado Loçano vio entregar algun dinero, y tampoco vio hazer la escritura, y no dize dia cierto; y la Monja vio hazer la escritura, y no entregar el dinero; y la hermana a quien llama in contestem, no lo vio, ni huuo vn criado que lo viesse, o sacasse el dinero; porque todos los demas testigos dizen de oydas, bien podrà ser cierto, pero no parece verosimil. *Nec verum puto*, dixo Terencio: y el Consulto: *Quod distat à verosimili est quædam falsitatis imago*. l. non est verosimile de eo quod met. causa. Baldus in l. 1. column. 3. C. de seruis fugitiu. Grammat. decis. 28. Et ideo nec credendum, cap. quia verosimile de præsumptione. Parisius cons. 13. n. 9. vol. 3. Y aun se presumen falsos testigos, nõ vero simile dicentes, Abb. in d. cap. quia verosimile, in fin. Gram. decis. 103. n. 78.

Esto es en quanto a la existencia y principio de la pretensa deuda

deuda;porque aunque ay escritura de ella, tiene contra si la cōfession de la misma Doña Maria judicial y jurada, *de que no auia tenido mas tratos y contratos con Don Guillen, que auerle prestado algunas partidas, y que no se acuerda quantas serian*(bueno es esto para veinte mil ducados que dize Pedro de Aristi se entregaron en vn dia nueue de Iulio) *y que algunas se librauan en Luis de Medina*,(y el testigo dize que todo se entregò en casa de Doña Maria, y ayudò a entregar la mayor parte) *y D. Maria, que no se acuerda si otras partidas se libraron en otro mercader, y que la paga de estos prestamos los recebia en algunas pagas menores, y que se ajustauan y rompian las cedulas. Y en el vltimo ajustamiento la alcançò Don Guillen en cierta cantidad, de que no se acuerda mas de que se hizo escritura, y pagò, y se chancelò, y que el pleyto que huuo sobre ello, estaua ante el Iuez de esta quiebra*. Y aora quieren los Actores que Don Guillen les deua veinte mil ducados: y para probar que huuo error en la dicha declaracion y oluido, y que se prestaron realmente los veinte mil ducados, se valen de los testigos que quedan referidos: *Tu magis scire potes quanta fides eis sit adhibenda*. l. 3. D. de testibus. Con lo qual parece queda bien fundado que los Actores no prueban la existencia de esta deuda de veinte mil ducados, y que lo contrario consta por confession de Doña Maria, y por los encuentros de sus alegaciones y variedad en la cātidad, pues no ay probança concluyente de que Doña Maria diesse a Don Guillen veinte mil ducados. Y como quiera que sea, esta deuda està cedida, pagada y chancelada la escritura, y assi en virtud de ella ni se puede pedir paga, ni grado en el concurso.

QVOAD SECVNDVM.

Que en caso que alguna cosa se deba a los Actores, por ello solo les pertenece grado como a Acreedores personales, por la euiccion y saneamiento de la venta de el juro de ochocientos ducados de renta, y quando mucho como hypotecarios con antiguedad, conforme a la escritura de quatro de Março de 630. años.

PAra introduzir la disputa y resolucion de este punto (que es el mas graue y dificultoso de este pleyto) y para que con to-

da claridad conste de que en èl tenemos euidente y clara justicia, suponemos que los Actores pretenden que la deuda de veinte mil ducados (de que auemos tratado enel punto precedente) fue cierta, constante y verdadera; y que la cesion hecha de ella en Doña Maria Venegas, y la carta de pago que de ella otorgò en fauor de Don Guillen, fue aparente y simulada, y que la cantidad de ella reduzida a plata con algunas pagas que por su quēta auia hecho Don Guillen, siruio de precio para la segunda escritura y obligacion de traer priuilegio de juro de 800. ducados de renta sobre Alcaualas, por. 16jj. ducados de plata que confessò Don Guillen auer recebido de Doña Maria de Arellano, porque realmente no los recibio, sino (como queda referido) se cōpusieron de la deuda precedente. Y que auiendo salido incierta la venta de este juro, por auerlo sacado los Acreedores de Don Guillen por la hypotecaria en virtud de la Executoria de el Cōsejo, suscitò la primera obligaciō de pagar veinte mil ducados, y que por ellos y sus reditos se les ha de dar grado con antelacion desde. 9 de Iulio de. 627. conque vienen a ser mas antiguos Acreedores que los de la Depositaria general, y otros. que causaron sus creditos en el intermedio de las dos escrituras.

Esta pretension tiene question de Derecho y de Hecho. En la de Derecho tiene dos disputas. La vna sumamente dificultosa, videlicet, si saliendo incierta la paga y satisfacion que se hizo de la obligacion de entregar juro de Alcaualas a finca de ciento y treinta quentos, que fue la segunda obligacion de quatro de Marzo de. 630. suscita, y buelue en si la obligacion primera de entregar juro de Almoxarifazgo de mil ducados de renta a finca de sesenta quentos, que se otorgò en nueue de Iulio de. 627. con su antiguedad, fianças e hypotecas. O solo pertenece acciō personal de euiccion y saneamiento, por auer salido incierta la paga que se hizo con el juro de ochocientos ducados de renta.

La otra, si en caso que proceda y sea mas cierta la opinion fauorable a los Actores en la question precedente, de que reuiue y suscita la accion y obligacion muerta con la paga, qual de las dos ha de ser la que ha de suscitar la primera que se transfundiò en la segunda, o esta que es la que se satisfizo y pagò con el juro, cuya paga fue la que salio incierta.

Destas dos tratarèmos primero, y de la question de Hecho a lo vltimo, y en ellas haremos demonstracion que non solùm de-

ficit

ficit ius, sed probatio, siguiendo el estilo del Consulto in .l. duo sunt Titij de testamentaria tutela.

En la primera, aunque se ofrecia campo dilatadissimo en q̃ estender la pluma por lo mucho que ay escrito en ella, pero por euitar el vicio de trasladar, nos remitimos a lo que latamente escriuieron nuestros Doctores, los quales la proponen en esta forma: *Vtrùm si res data in solutum pro re, aut quantitate debita euincatur, reuiuiscat prima actio, vel sola supersit actio de euictione?*

Pero no podemos excusar (antes de juntar los Autores q̃ tratan y resueluen la materia) de proponer algunos fundamentos indiuiduales para este pleyto.

Sea el primero, que quando se hizo la escritura segunda de .4 de Março de .630. segun lo que pretenden los Actores, ya era deudor de cantidad Don Guillen, y le podia executar D. Maria por veinte mil ducados en dinero, como consta de la escritura q̃ està en el primer pleyto a foj. 14. y se conuinieron (como alegan las otras partes) en que se le diesse in solutum la segunda obligacion de traer juro de ochociẽtos ducados de renta, como realmente se lo traxo, y entregò: y en estos terminos, quando el deudor es de cantidad y dà in solutum alguna cosa, aunque despues le salga incierta a el Acreedor, non reuiuiscit actio antiqua, y solo tiene el Acreedor vna accion de euiccion. l. eleganter in prin. D. de pignorat. actione, & tradunt. DD. infra citandi, porque en en este genero de dacion in solutum se contrae venta . l. si prædium. C. de euictionibus, vbi Cuiatius. l. fin. C. ex quibus causis in poss. eatur. Trentacinquius lib. 3. variar. tit. de solut. resolut. 28. n. 4. Y en la venta el vendedor no està obligado a transferir el dominio, y cumple con entregar la cosa vendida, licèt non faciat dominum emptorem. l. emptorem. D. de act. empti: y con esto omnis tollitur obligatio, como si pagàra la cantidad debida. l. 1. D. pro soluto, Franchis decis. 50. n. 2. Cartarius decis. 19. n. 9. & in specie est textus in . l. libera. C. de sent. & inter. l. omn. iud. traddit Negusant. de pignoribus. 6. parte. 1. membro nu. 43. Cinus in. d. l. libera, Surdus decis. 113. & .266. n. 6. & cons. 145. n. 34. dicit communem Fontanell. de pactis nupt. claus. 5. glos. 8. p. 14 num. 85. & seqq. Y por este medio dationis in solutum se extingue y muere la deuda, & non potest reuiuisci. l. qui res. §. aream de solut. ibi: *In perpetuum enim sublata obligatio restitui nõ potest*. l. nihil interest. C. de solut. ibi: *Eius quatæ obligationis vires reparari nequeunt.*

Y en mas fuertes terminos Rodriguez de reddi.lib.2.q.16.n.60. & seqq. quod eo Philosophiæ dicterio firmetur; *De pribatione adhibitum non datur regressus*.l.furti, vers.non retro.D.de his quæ nota.infa.cap.quæris de consecrat.dictione.4.Iass.in.l.1.n.13.de re iud. & probat text.argumento sumpto ab speciali. in. l. qui res 98.in prin.D.de solut.vbi si pater rem alteri obligatum la diere in solutum al yerno dotis filiæ nomine, si euincatur, le pertenece a el yerno dotis primæua actio, para que le pague la dote prometida correspondiente a la cantidad por que in solutū data fuit res, y como nota alli la Glosa, y Bartulo in primo notabili, Alex.y Paulo de Castro.n.1.hoc procedit speciali iure dotis fauore, y Angelo, quod ex eo limitantur omnia iura mundi; y lo mismo aduirtio Baldo cons.322.vol.1.in fin.Surdus.d.cons.145 n.32.Baldus nouelus de dote.p.8.priuileg.18.& duob.seqq Fontanel.de pact.nupt.claus.5.glos.8.p.14.n.89. deadonde deduzē que siendo particular en la dote la decision.d.l.qui res.98.y priuilegio suyo el poder repetir la dote con la accion primera de su promessa, el derecho comun para los demas casos està y procede en contrario, scilicet quod non reuiuiscit primæua actio, y que solo le pertenece la accion personal de euiccion, vt dissertē traddit Fontanella vbi proximê.n.86.& seqq.

Sea el segundo, porque en el caso presente procede sin duda; y no tiene inconueniente alguno lo referido, porque el fundamento que tuuieron mas principal los de la contraria opinion, fue por dezir que ad hoc vt extinguatur obligatio solutione, aut datione in solutum, ha de ser la paga permanente con translacion de el dominio efectiua y consistente, y que esto no se consigue quando euincitur res data in solutū, porque el deudor no era señor de la especie que se dio en pago de la quantidad debida, quia non fuit traddita res tāquā propria debitoris, y el acreedor la recibio in solutum, creyendo què era propria del deudor & in rei dominio errauit.l.3.§.subtilius.D.de condict.cau.data. & sic intelligunt text.in.l.ex sextante.§.Largius Latinus.D.de except.rei iud.l.si quis aliam.46.D.de solut.ibi: *Nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido eius fieret.* Y esta es la razō por que quando res pro re soluitur, si se transfiere el dominio, queda extinta la primera accion; pero quando no se trāfiere el dominio, no causa liberacion.d.l.si quis aliam, ibi: *Tunc ergo res pro resoluta liberationem præstat cum pro solido facta est suscipientis.* Quia (vt inquit

Glos.

Glos.ibidem, verbo pro solido) *non recessisset ab obligatione, nisi fretus hac acquisitione*, traddit Mastrill.decis.120.n.4.doctissimus Faber lib.8.C.tit.de solut.def. 49. & de erroribus pragma.decade 100.errore.7.Grat.cap.750.num.8.

Pero nuestro caso fue muy diferente, porque el sacarle a Doña Maria el juro, no fue por falta de dominio en Don Guillen, sino por la hypothecaria y obligaciones contraidas en el intermedio de las dos obligaciones: y esto se supone por preciso antecedente, que Don Guillen era señor verdadero del dicho juro, aliàs no se pudieran introduzir en el juro las hypothecas, si no huuiera sido señor del.l.& quæ nondum.§.quod dicitur.D.de pignor.l.ante omnia.23.D.de probat.Fab.lib.3.C.tit.22.definit.3 n.3.n.5.in alleg. Y assi con la dacion in solutum transfirio el dominio en D.Maria de Arellano.l.prædium.C. de euict. Afflictis decis.368.n.2.&.369. Oldrado cons.37.in fin. Y pagò efectiuamente la deuda, y quedò muerta con la dicha paga, y procede con llaneza el dicterio ordinario solutione eius, quod debetur, omnis tollitur obligatio.l.nulla.C.de solut.l.soluitur.D.quib.mod.pign.vel hyp.sol.princip.inst.quibus modis tollitur obligat.& extinguitur, vt ex pluribus traddit dominus Castellus libro.4.quotid.cap.59.n.49.

De lo dicho se infiere con toda claridad, que la primera obligacion auiendose transferido en la segunda por pacto y prouidencia de las partes, quedò muerta, fenecida y acabada, vt infra probabitur. Y que la segunda tambien murio con la paga que se hizo con auer entregado el juro (que era lo que se debia) y q̃ era proprio de Don Guillen, de cuyo dominio ni se duda, nec licet dubitare, por la reuerencia que se debe a la Executoria de el Cōsejo, que declarò auer lugar la hypothecaria de los Acreedores, quod quidem habet implicitam decisionem quæstionis dominij ex eo solo q̃ se declarò auer lugar la hypothecaria ex suprà tradditis, quia quamuis sententia sit stricti iuris, todavia lo que de ella se infiere necessariamente, o se presupone por necessario antecediente, se tiene por determinado, y expresso en ella.l.penultima.D.de his qui sunt sui, vel alieni iuris.l.1.C.si plures vna sent.l.2.C.de ord.cog.Bart.in.l.Iulianus.D.de cond.ind. Tiraq. de retract.tit.1.§.1.glos.9.n.184.Pinel.in.l.2.C.de rescind.vẽd. 3.p.cap.3.n.20.in fin. Y por necessaria consequencia auiendose entregado el juro, por Don Guillen transfirio el dominio en D.

Maria, y cumplio con su obligacion pagando lo que debia efectiuamente, y la fortuna y caso que sobreuino de sacarsele por la hypothecaria, no es modo para dar vida a la obligacion muerta, vt expressè & in terminis traddit Cepola caut. 123. vbi quod in hoc casu nullum remedium competit debitori, Surdus decis. 268. & cons. 145. per totum, Gabriel cons. 10. n. Beroius cons. 46 n. 10. lib. 1. Y solo podrà pretender la accion de euiccion nacida de auerle sacado el juro por la hypotecaria, como la tuuiera qualquier comprador que le saliera incierta la venta, aũque no huuiera interuenido promessa de euiccion, como no la huuo en la segunda escritura de quatro de Março. l. 1. D. de euict. l. emptor fundi. C. eodem, cap. fin. de empt. & vend.

De modo que en nuestro caso con la dacion in solutum se cõtraxo venta de el juro de Alcaualas, y entregandolo cumplio Don Guillen con su obligacion pagando lo que debia, y matò la obligacion: y aunque como vendedor no estaua obligado a transferir el dominio, todavia lo transfiriò, y hizo señora del a Doña Maria, conque tuuo toda perfeccion la venta y paga prometida, y por necessaria consequencia los efectos de ella, que es la extinccion de la obligacion. Y el auerlo sacado por la hypothecaria los Acreedores, no es modo de dar vida a la obligaciõ muerta, ni en estos terminos se dà Ley, ni Derecho que tal diga.

Ex quibus, & alijs pluribus fundamentis, resoluierõ esta question contra la pretension de los herederos de D. Maria de Arellano actores de este pleyto, y en nuestro fauor desde Bartulo infinidad de Autores q̃ refiere, y sigue Pedro Surdo cons. 145. per totum, adonde latissimamente disputò esta question, ponderãdo los textos y fundamentos de vna y otra parte, y satisfaciẽdo a los contrarios, y queda con la opinion referida, y que el Acreedor solo tiene y le pertenece vna accion personal de euiccion, y lo mismo resoluio y decidio el Senado Pedemontano apud cũdem Surdum decis. 113. n. 3. & decis. 226. per totam, sequitur Fontanella de pactis nupt. clau. 5. glos. 8. p. 14. n. 85. & seqq. y nuestro Senado Seuillano apud dominum Ioan. del Castillo lib. 4. controuers. cap. 59. n. 51. & seqq. Resoluieronla tambien en nuestro fauor Tiraquelo, Fabio de Anna, Feliciano, Stepha. Gratiano, y Mastrillo, quos refert & sequitur Salgado de Regia protect. 4. p. cap. 7. n. 160. n. 8. vbi quod contraria opinio nullo sano iure fundatur. Y aunque Antonio Fabro lib. 8. C. tit. 30. defin. 20. tuuo la

contra-

contraria, se hallò tan embarazado con la ley elegãter. 24. D. de pign. actio. (texto expresso en nuestro fauor) que no hallò otra respuesta sino enmendarlo, y atribuirselo a Triboniano, como suele hazerlo ordinariamente: que no es poco fundamento en fauor de la pretension de los Acreedores, que vn hombre tan grande como Antonio Fabro (quem Papinianum nostrorum tẽporum Iustus Lipsius appellat) no hallasse respuesta a este texto, pues si la tuuiesse, claro està que no lo enmendàra: y esto de enmendar texto, ya se sabe quan intolerable es, assi en las Escuelas, como en los Tribunales.

Pero quando se huuiesse de seguir la opinion contraria, entramos en la segunda duda y question que dexamos propuesta, videlicet, si en caso que proceda y sea mas cierta la opinion fauorable a los Actores, de que reuiue y suscita la accion y obligacion muerta con la paga, qual de las dos ha de ser, vtrùm la primera que se transirio en la segunda: o esta que es la que se satisfizo, y pagò con el juro que salio incierto, por auerlo sacado los Acreedores iure pignoris?

Pretenden los Acreedores, que en caso que alguna accion hypothecaria le aya de competir a los Acreedores de este pleyto, ha de ser la de el segundo contracto de Março de. 630. y que desde este dia tendran grado, y no la de el Iulio de. 627.

Lo primero, porque el juro que se dio en pago de la deuda, y que recibio Doña Maria de Arellano, fue el contenido en la segunda escritura de ochocientos ducados de renta sobre Alcaualas, y esta escritura y obligacion fue la que se matô, y satisfizo cõ la paga y entrego de el juro que salio incierto: y assi lo que pueden pretender los Acreedores, es que se le cumpla la misma obligacion, la qual fue general de entregar en juro de Alcaualas, sin especificar qual auia de ser.

Lo segundo, porque esto es mas indubitable con lo mismo q̃ se alega y articûla por la otra parte en la. 4. pregunta de su interrogatorio, ibi: *Y reconociendo el dicho Don Guillen su obligacion, tratò de satisfazer y pagar a la dicha Doña Maria de Arellano los dichos veinte mil ducados y sus reditos; y la forma de paga y satisfacion que se tomó, fue que el dicho Don Guillen, como principal, y la dicha Doña Maria Venegas, como su fiadora, otorgaron escritura en quatro de Março de seiscientos y treinta, por la qual el dicho Don Guillen se obligó a que dentro de dos años compraria y entregaria a la dicha Doña Maria de Arellano, vn juro de ochocientos ducados*

dos de renta situados sobre las Alcaualas de Seuilla a veinte mil el millar, por diez y seis mil ducados de plata doble q̃ el dicho D. Guillen confessó auer recebido de la dicha Doña Maria de Arellano.

Vamos pues con el concepto de esta pregunta, suponiendo, (sin perjuyzio de la verdad) que sea cierto lo en ella contenido, y de ello resulta inuencible fundamento para nuestra pretension, porque conforme a està alegacion y articulo, lo que Don Guillen dio en pago y satisfacion de la primera, fue la segunda obligacion, como expressamente se dize en la dicha pregunta, ibi: *Y la forma de paga y satisfacion que se tomò, &c.* De modo que se pagò y satisfizo vna obligacion con otra, por pacto y conuenio de las partes; quia quamuis aliud pro alio inuito creditori solui non posit, tamen por consentimiento de el Acreedor bien se puede pagar y satisfazer vna cosa con otra, y causa este genero de paga total liberacion y extinccion de la obligacion, vt infra dicetur. Esto es lo que se hizo cõ el segundo contracto, que debiendo Don Guillen vn juro de mil ducados de renta à D. Maria de Arellano por escritura y obligacion de Iulio de el año de 627. la pagò y satisfizo por conuenio entre las partes, con la segunda escritura de Março de el año de.630. en que se obligò, à traer a Doña Maria vn juro de ochocientos ducados de renta sobre Alcaualas: y esta obligaciõ segũda no ha salido incierta, porque quando (sin perjuyzio de la verdad) sea cierto lo que en el Hecho proponen los Actores, esta obligacion segunda està viua, por no auerse satisfecho y pagado con la permanẽcia y existencia real que requieren los Doctores que tienen la opinion fauorable à las otras partes, por auerle salido incierta la paga y entriego del dicho juro, de que resultan dos cosas.

La primera, que teniendose por cierta la opinion fauorable a las otras partes de que suscita la accion y obligacion saliendo incierta la paga, no se aplica bien à el caso de este pleyto: para en quanto à pretender q̃ suscitò la obligacion de el año de.627. porque esto procediera si huuiera salido incierta la segũda obligacion, que como confiessan las otras partes, se dio en paga y satisfacion de la primera del año de.627. y los Actores pueden pedir en virtud de la segunda escritura (siguiendo la opinion contraria) que se le pague vn juro de.800. ducados de renta en Alcaualas, pues como queda dicho, lo que salio incierto fue la paga q̃ se hizo en execucion de la escritura de Março de.630.

La

La segunda, que la dicha obligacion primera quedò extinguida y pagada con la segunda, con lo qual no se puede dudar de que se causò total y expressa nouacion, est ergo nouatio prioris obligationis in aliam transfusio, vel translatio. l. 1. D. de nouat. Y esto es lo que se hizo en el nueuo conuenio, transfundir vna obligacion en otra, conforme a lo alegado y articulado por los Actores de este pleyto en la quarta pregunta que queda referido; conque quedò muerta la primera obligacion pagando la primera con la segunda, quia sicuti soluendo id quod debetur, tollitur obligatio; ita & quando aliud soluitur consenciente creditore. l. 1. §. an potest. D. de constituta poen. l. item liberatur. §. qui paratus. D. quibus mod. pig. & hyp. sol. Y como dize la ley de la partida. 15. tit. 14. part. 5. *el renouamiento que desata la obligacion principal de la deuda, bien assi como la paga.* Y en terminos de esta ley, y de la final. C. de nouat. no se puede dudar que se causò nouacion expressamente en nuestro caso, supuesta la cesion que se hizo por Doña Maria de Arellano, de la primera obligacion en fauor de Doña Maria Venegas, otorgada en el dicho dia quatro de Março, y la carta de pago de Doña Maria Venegas hecha en primero de Iunio, y reconocida en catorze de Agosto del mismo año, en que confiessa auer recebido de Don Guillen los veinte mil ducados, y los corridos desde primero de Março, y le entregò la escritura que auia otorgado en fauor de Doña Maria de Arellano; con lo qual procede la limitacion dict. l. fin. ibi: *Nisi specialiter remissa fuerit prior obligatio.* Y no se pudo hazer cosa mas clara para mostrar la voluntad que huuo entre los contrayentes de nouar la primera obligacion, y extinguirla y que quedasse sola la segunda, aunque no se dixesse expressamente que se hazia nouacion, porque se induze con auerla cedido, y dado carta de pago el cesionario, y entregado la escritura como si lo hiziera el cediente, cuyo procurador in causam propriam es el cessionario, quia sicuti nouatio inducitur quando primus debitor liberatur, ita quãdo idẽ debitor liberatur à prima obligatione, & trãsfũditur in aliã, vt ex Gutier. Afflict. & alijs tradditNoguerol alleg. 14. n. 86. & vt inquit. d. l. fin. *Voluntate solũ, non lege nouãdũ esse, etsi hoc verbis non exprimatur:* Y quando se haze en la forma referida, procede cõ llaneza la nouacion; aun en terminos. d. l. fin. ex Rippa, respons. 18. n. 33. de obligationib. volum. 2. vbi quod quando præcedit liberatio, & sequitur alia obligatio etiam iu-

re nouissimo facta intelligitur nouatio, y no es necessario que los contrayentes *dicant expressè velle se nouare priorem obligationem; namque si eam remittant, aut secundam pro anteriori elegerint, tametsi nouationis nomen non expresserint*, vt colligitur ex dict. l. fin. ibi: *Nisi specialiter remissa fuerit prior obligatio, & contrahentes expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint*: vbi notant Salicetus. num. 5. Alex. cons. 13. n. 14. & seqq. lib. 2. que es a la letra lo que sucedio en nuestro caso, cediendo la primera escritura, y dando carta de pago de ella, y entregandola a Don Guillen, y haziendo la segunda obligacion.

Quod quidem indubitanter procedit en nuestro caso, aun quando no huuiera la dicha cession y carta de pago, suponiendose que las dichas dos obligaciones son incompatibles, respecto de que la primera fue de traer juro de Almoxarifazgo, y la segunda de traer juro de Alcaualas: y estas dos obligaciones no se compadecen, porque no cumplia con traer juro de Almoxarifazgo despues de hecha la segunda obligacion, y aunque lo traxesse, se le podia obligar a que diesse el de Alcaualas, y no se le podia obligar a traer juro de Almoxarifazgo; demodo que ni se le podia pedir, ni cumplia cõ traerlo, luego son incompatibles: y quando el vltimo contracto non compatitur cum primo, posterior derogat priori. l. pacta nouissima. C. de pactis, traddit Baldus dict. l. fin. n. 1. Decius cons. 400. n. 9. Cepha. cons. 454. n. 18. & 69. etiam si id expressè actum non fuerit, Puteus decis. 290. n. 2. idem Bald. in. l. tam mandatori. n. 5. de non numerata pecun. & pluries ita fuit in Rota decisum, vt traddit Seraph. decis. 1063. n. 2. & in casu incompatibilitatis dicitur facta nouatio ipso iure, Cuman. in. l. Valerianus num. 4. vbi Imm. n. 4. vers. vnde teneo, Castrens. n. 4. vers. item nunc videtur, Menochius cons. 381. n. 32. & seqq. & ex Baldo, Decio, Cagnolo, & Amatis traddit Noguerol alleg. 21. n. 7. Surdus dict. cons. 145. n. 24. & seqq. Carraciolus decis. 26. n. 25. Lo qual procede mas indubitablemente siguiendo la misma relacion que hazen las otras partes (dexando la verdad en su lugar) porque dizen *que respecto de que Don Guillen no cumplia, ni pagaua la obligacion y deuda del primero contracto, se hizo el segundo, en el qual se tratò y conuino, que los veinte mil ducados, menos lo que por quenta de ellos auia pagado, se reduxessen a plata, y hecha la quenta, quedaron en diez y seis mil ducados de plata, de que se formó la segunda obligacion.*

Conforme a este Hecho, es indubitable que en el segundo cõ

tracto

tracto se hizo relacion del primero, repitiendolo, y haziendo memoria de el, y la quenta de lo recebido y pagado, y de los intereses de la reduccion de vellon a plata, reduziendo la obligacion primera a traer vn juro de ochocientos ducados de renta sobre Alcaualas, como lo alegò Doña Maria Claramonte en el primero pleyto fol. 3. y en este diferentes vezes, en cuyos terminos procede sin duda que se causa nouacion, etiam post. d. l. fin. C. de nouat. vt ex Saliceto, & Fulg. traddit Alex. cons. 13. lib. 2. n. 8. ibi: *Vt si dico pro decem quæ mihi debes, promittis quindecim? vel è cōtra; nam tunc bene sit hodie nouatio, quia apparet quod voluntas est primam transferre in secundam.* Idem traddit Bald. in l. pacta conuenta 3. notabili. n. 2. D. de contrah. empt. Y auiendose hecho estos contractos en distancia de tres años con diferentes conuenciones, se induze nouacion, quia ea inducitur quando ex interuallo fit pactum diuersum à primo, vt ex Baldo, Decio, Alex. & Craueta tradit Surdus dict. cons. 145. n. 27. maximè quando la primera obligació, como en nuestro caso, in aliquid mutatur, pues en la primera fue de juro de mil ducados en el Almoxarifazgo por veinte mil ducados de vellon; en la segunda con diferēte fiador 800. ducados en juro de Alcaualas por diez y seis mil de plata, tunc enim prima obligatio perempta intelligitur, Castellus ex pluribus. d. cap. 59. n. 52. Carraciolus. d. decis. 26. n. 24. Y quando como en el caso presente la nouacion se opone in vim exceptionis, se induze con mas facilidad, y con las mismas conjeturas q̄ se induzia antes de la dicha ley final, vt ibi notat Accur. glos. fin. & in. l. 2. D. de nouat. vbi Bart. n. 1. & in. l. pecuniam in fine. D. si certum petatur, & est magis comunis opinio, vt testatur Alex. in. l. 4. §. si ex conuentione. n. 9. D. de re iud. n. 24.

Pero supuesto que como dize la ley final, *voluntate non lege nouandum esse, & si hoc verbis non exprimatur*, ninguna prueba puede auer mayor para persuadir la voluntad que huuo entre las partes de hazer nouacion, que su propria confession judicial, geminada y repetida expressamente, como consta de el primero pleyto en la peticion dada por la dicha Doña Maria fol. 25. ibi: *Que auiendose obligado el dicho Don Guillen de Casaus y Doña Maria Ponce su muger como principales, y Don Francisco de Casaus su hijo como su fiador, se obligaron de traer a mi parte vn juro de mil ducados de renta, para pagarle veinte mil ducados que le restaua debiendo de ajustamiento de quentas de libramientos que le auia dado, y no auiendolo hecho y queriendole apremiar, se no-*



uó este contracto, y mediante ciertos marauedis que auia pagado, y en pretensiones que tenia cerca de la baxa de la moneda, se reduxeron a diez y seis mil ducados de plata, por los quales se obligó de traer vn juro de las Alcaualas reales de esta Ciudad de ochocientos ducados de renta: Y a foj. 30. declarò la dicha Doña Maria con juramento, *que era verdad lo contenido en la dicha peticion:* Y despues fol. 35. boluio a repetir, *que era cierto lo alegado en la dicha peticion;* y en el Consejo alegò lo mismo, como consta de la Executoria fol. 27. ibi: *Porque la dicha escritura de los dichos veinte mil ducados, auia quedado satisfecha, acabada y extinguida con la segunda:* Y en este pleyto en la quarta pregunta dize lo mismo: con lo qual assi en terminos dict. l. final. de nouat. como de la ley de partida, no se puede dudar que se causò nouacion con la segunda escritura, y en ella se transfundio la primera, lo qual se haze mas claro con lo que aora alegan los Actores, peticion fol. 106.106. ibi: *Y la causa que huuo para esso, fue quererlo assi el dicho Don Guillen, porque no quedassen dos escrituras viuas:* Luego por voluntad expressa de las partes quedò muerta la primera obligació: y assi en caso q̃ aya de suscitar alguna, ha de ser esta segunda, q̃ como queda referido, fue la que se satisfizo, y pagò con el juro de Alcaualas que despues reuocarõ los Acreedores por la hypothecaria.

Todo lo referido và con presupuesto de que sea cierto el Hecho que proponen las otras partes; pero si hizieramos euidécia de que no lo es, o a lo menos de que no està probado, aplicariamos bien las palabras dictę legis duo sunt Titij de testam. tutella, non solùm deficit ius, sed probatio; con q̃ se introduze la tercera question de este punto: Para lo qual suplicamos a V. mrd trayga a la memoria lo que dexamos fundado y aduertido en el primero punto en razon de la incerteza del recibo de los veinte mil ducados, y de el defecto de la probança: en que no se halla alguna contestacion en las deposiciones de los testigos, antes variacion, y en algunos encuentro, y total inuerisimilitud.

Pero aun para este punto ay mayor defecto de probança, porque los Actores pretenden que huuo y interuino simulacion en la cessión que hizo Don Guillen en fauor de Doña Maria Venegas, de la escritura de.20ꝟ ducados de el año de.627. y en la carta de pago que esta dio en fauor de aquel, y en la chancelacion, y tambien en la relacion que se hizo en la escritura segunda del año de.630. Porque el precio de esta escritura fue el resto que D. Guillen debia de la primera reduzida a plata: con lo qual pretẽ

den

den que la escritura primera està en toda su existencia y antigue dad, y que por ella se les ha de dar grado.

Para probança de este Hecho, y tantas simulaciones como se proponen en la quarta, quinta, y sexta pregunta de el interrogatorio contrario, se valen de los testigos siguientes:

El Licenciado Pedro de Herrera dize de oydas a Doña Maria de Arellano.

Doña Micaela de Villaseca Monja, *que oyó tratar a Don Guillen, y a Doña Maria lo contenido en la pregunta, y quedaron de acuerdo de hazer la escritura, aunque no la vio hazer: y en todo lo demas dize de oydas.*

Doña Ana de Biuero dize de oydas a Doña Maria.

Gines Hidalgo, que respeto de los pleytos que ha auido entre Don Guillen, y Doña Maria, entiende que la cesion fue en confiança.

Y Lorenço de Acuña, dize *de oydas, y que tiene por cierto que D. Guillen no recibio los diez y seis mil ducados de plata de la segunda escritura, y que se compuso de la primera.*

Alonso Loçano dize, *que vn dia que entiende fue el cõtenido en la pregunta, se quexò Doña Maria a Don Guillen, de que no le pagaua los veinte mil ducados que le debia, y quedaron de acuerdo de que se obligaria como principal, y doña Maria Venegas como fiador, a traerle vn juro sobre Alcaualas de ochocientos ducados de renta por diez y seis mil de plata, y despues supo se auia hecho escritura, a que se remite, y por esto entiende que la segunda escritura se compuso de la primera, y por las mesmas razones tiene por cierto y sin duda que la cesion fue en confiança.*

Todos estos testigos, ya se ve por ellos que no concluyen cosa de importancia: solo Pedro de Aristi dize, *que oyó a doña Maria, y a don Guillen tratar de lo contenido en la pregunta, y que se remite a la escritura.* Y en la quinta y sexta pregunta dize a la letra lo siguiente.

Dixo, *que por las razones que dichas tiene, y por las demas que dirà, sabe este testigo que aunque en la dicha escritura de quatro de Março el dicho don Guillen confesò auer recebido de la dicha doña Maria de Arellano los dichos diez y seis mil ducados de plata por la venta del dicho juro, el dicho don Guillẽ no recibio la dicha cantidad, ni la dicha doña Maria de Arellano le entregò marauedis algunos, y solo se compusieron los dichos diez y seis mil ducados, y reduxeron de los dichos veinte mil ducados de vellon que le auia entregado la dicha doña Maria, y el premio de la reduccion de quartos a plata, y de otras partidas que auia entregado la dicha doña Maria por menor, y para hazer la dicha escritura, este testigo ayudô a hazer el ajustamiento de la dicha partida, y*

 porque

porque si la dicha doña Maria de Arellano le entregara los dichos diez y seis mil ducados en plata, este testigo lo supiera y passara por su mano, por passar todas las pagas que hazia dicha doña Maria por mano de este testigo, y escribia las libanças que la susodicha daua sobre los Mercaderes de Plata donde lo tenia, y porque contaua el dinero que traian a casa de la susodicha. Y esto responde.

Y a la sexta dixo, *que sabe este testigo que aunque la dicha doña Maria de Arellano cedio a la dicha D. Maria Venegas la dicha escritura de los dichos veinte mil ducados de vellon contra el dicho don Guillen, que es la que dize la pregunta, y confessó en ella auer recebido de la dicha doña Maria Venegas los dichos veinte mil ducados, la dicha cession y confession del dicho recibo fue fingida y simulada, y en lo susodicho no huuo ni interuino precio alguno, ni la dicha doña Maria Venegas pagò cosa alguna, porque si la susodicha lo pagára, este testigo lo viera, porque como ha dicho, todo lo que la susodicha pagaua y cobraua, toda la mayor parte passaua por mano de este testigo, y lo recebia por su orden; demas de que assi se lo dixo la dicha doña Maria de Arellano, y el dicho don Guillen.*

Ya dexamos aduertida la edad de este testigo, que era de treinta años quando declarò, y quando se hizo la segunda escritura tenia treze años, y ya hazia y ajustaua las quentas, y escriuia en los libros, y tomò la razon tan por menudo como refiere, y passauan por su mano todas las pagas que hazia doña Maria, y lo q̃ recebia: cosa totalmente inuerisimil. Y lo que es contrario totalmente a lo alegado y articulado, es que en la quinta pregunta se dize, *que la segunda escritura se compuso de los veinte mil ducados de la primera reduzidos a plata, los quales con el premio de la plata, y con algunas pequeñas partidas que don Guillen auia entregado a quenta, quedaron ajustados en los diez y seis mil ducados de plata.*

El testigo dize, *Que los diez y seis mil ducados de plata se reduxeron de los veinte ducados de vellon que le auia entregado* (no reparo en los veinte, o veinte mil, aunq̃ es grande la diferencia, debio de ser yerro) *y el premio de la reduccion, y otras partidas que le auia entregado la dicha doña Maria por menor*; De modo que la pregunta dize que las partidas menudas las auia entregado don Guillen a doña Maria, y el testigo dize que doña Maria fue quien las entregò.

Francisco de Padilla, que al tiempo de la segunda escritura era de treze años, dize a la quinta pregunta.

Dixo, *que lo que sabe de ella es, que por vn dia del mes de Março del año de seiscientos y treinta, estando este testigo en casa del dicho Arcediano dō Alõ*

so

so Ramirez de Arellano, que viuia juntamente con la dicha doña Maria de Arellano su madre, dixo que en vna pieça alta de las dichas casas, estaua la dicha doña Maria, y el dicho don Guillen de Casaus, y presente Alonso Rodriguez Muñoz Escriuano publico de Seuilla, y le pidieron a este testigo que traxera el recado de escribir; y preguntando este testigo para que era, le dixeron q̃ era para hazer vna quenta para reduzir veinte mil ducados de vellon a plata con los premios, porque se hauia de hazer vna escritura de lo que quedasse para traer vn juro el dicho Don Guillen en fauor de la dicha Doña Maria de Arellano, y aũque entrambos los susodichos huuo muchas dissenciones sobre los trueques, quedaron reduzidos a los dichos diez y seys mil ducados de plata, que dize la pregunta, y desta cantidad hizieron que el dicho Alonso Rodriguez Muñoz, Escriuano, hiziesse la dicha Escritura en que se obligaua de traerle vn juro de ochocientos ducados de renta, que a lo que se quiere acordar auia de ser sobre alcaualas, y en esta conformidad se hizo la dicha escritura, y la otorgó el dicho dō Guillen, y se hizo otra escritura de cession en que cedia la dicha Doña Maria de Arellano la dicha escritura de veynte mil ducados de vellon que el dicho dō Guillen auia otorgado, la qual dicha cession hizo en fauor de la dicha Doña Maria Venegas, aũnque no estaua presente; y replicando la dicha Doña Maria de Arellano, que para que era aquella cession, el dicho don Guillen le dixo que pues quedaua satisfecha de los veynte mil ducados con la nueua escritura de diez y seis mil ducados de plata, que la otorgasse, y assi lo hizo la dicha Doña Maria, y por esta razon sabe que a el otorgamiento de las dichas escrituras, la dicha Doña Maria de Arellano no dio ni entregó a el dicho don Guillen de Casaus los dichos diez y seis mil ducados de plata, ni otros marauedis algunos, ni menos el dicho dō Guillē dio dineros algunos a la dicha doña Maria de Arellano por la dicha cession, porque fue fingida y simulada, por las razones q̃ tiene dicho, y quando passò lo susodicho, estaua presente Pedro de Aristi, y otros criados de la dicha casa, &c.

De toda esta probança, con los defetos referidos no se concluye, ni prueba simulacion: antes con ella se comprueba bien que no la huuo, sino lo que dexamos dicho de transfundir vna obligacion en otra: bien se reconoce esto por lo que dizē los dos vltimos testigos, y aun lo articulado lo concluye, que la deuda de la primera escritura siruio para la segunda, cō los premios y partidas menudas, reduziendolo a plata, y la obligacion a juro de ochocientos ducados de renta sobre alcaualas, que antes era de mil ducados sobre Almoxarifazgo.

Tampoco huuo simulacion en la cession que se hizo en fauor de Doña Maria Venegas, porque como dize Francisco de Padi-

lla

lla, vltimo testigo de las otras partes, ibi: *Replicando la dicha Doña Maria de Arellano que para que era aquella cesion, el dicho don Guillen le dixo, que pues quedaua satisfecha de los veinte mil ducados con la nueua escritura de los diez y seis mil ducados de plata, que la otorgasse, y assi se hizo.*

De esta declaracion se infiere con euidencia, que la primera escritura quedò pagada, y satisfecho con la segunda, y que esto fue lo que las partes quisieron hazer y hizieron, transfiriendo vna obligacion en otra, que siruio de paga, como arriba dexamos aduertido, y assi se causò real y verdadera nouacion por voluntad expressa de las partes, *Voluntate non lege nouandum*, que dixo la.l.fin.C.de nouat. & supra latè traddidimus secundo puncto. Y esta no fue simulacion, sino nouacion, y trāsfusion de vna obligacion en otra.

Pero aun quando lo referido tuuiera alguna dificultad (que a mi ver no la tiene) se haze euidente que no huuo simulacion, ni en la cessión, ni en la segunda obligacion, ex seqq.

Lo primero, porque no se dà, ni alega causa para la simulaciō, ni la huuo; y ya se sabe que en no dandose causa para la simulacion, ni se presume, ni se admite prueba en ella, Farinac. de simulat. q.62.p.2.n.136.&.137. y aun no ha de ser causa torpe. l. cū profitearis. C. de reuocand. donat. Gratian. discept. forens. cap.876. n.17. Valascus consult.154.n.29.

Lo segundo, porque aunque la simulacion se prueba regularmente con presunciones, Valascus consultatione.154.n.16. At verò quando se alega contra instrumento publico, no bastan presunciones y conjeturas, y es necessaria precisamente otra escritura, Valascus vbi supra.n.13. y por lo menos ha de probarse con probança concluyente, ipse Valascus num.23. ibi: *Simulatio nunquam præsumitur, nisi in specie, & expressè probetur, & stari debet instrumēto publico contractus, donec probetur contrarium:* ex pluribus Beccius cōsil.52.n.26. optimè Mascardus de probat. concl.58.n.1. Y nunca se prueba por leues conjeturas, sed per vehementes, & quæ vrgeant, Valascus supra.n.19. aunquando no es contra instrumento publico.

Lo tercero, porque lo referido es indubitable quādo la simulacion se alega por el mismo que la cometio, que entonces se ha de probar con probança plena concluyente y positiua, porque la pudo y debio preuenir: y tiene contra si el instrumento y su cōfession en el, a diferencia de quando se alega por vn tercero, que

enton-

entonces se admiten presunciones, y probāça irregular, porque el tercero no pudo preuenirla, ni tener tanta noticia de los que interuinieron en ella, ni contra el tercero ay confession. Baldus in.l.emptione. C. plus valere quod agitur, quam quod simulatè concipitur, Farin. de simulat.q.162.num.99.& 249.

Y finalmente quando para la cession huuiesse interpuesto la persona de D. Maria Venegas, esta no se llama simulaciō de el cōtracto, o acto que se haze, sino disimulaciō de la persona, lo qual no anula el contracto, sino disimula la persona para que el derecho se adquiera à el verdadero dueño, y no a la persona que se interpuso, Baldus cōsi.249.num.2.versi.interdum, & consi. 299. num.6.vol.2.& consi.287.num.1.vol.1.ibi: *Quia probatum est quod inter dictum Turchium, & Ang. item quod inter eos, & venditores fuit actum quod dictus Ang. re vera emeret pro Turchio inserto nomine Ang. in contractu: bene ab ipso principio quæsitum est ius soli Turchio, Angelus vero ministerium accommodauit.* Francisc. Marcus decisione 46.num.1.& 2. Parisius consi.55.num.15.lib.1. Seraph. decis.661.num.3.& seqq.& decis.1210.num.6. Grac. discept. foren. cap.121.num.19.& est text. in.l.certi conditio, §.depositi. D. de rebus cred. vbi Bartulus nu. 20.& 21. Surdus cons.162.num.42. Demodo que aun quando doña Maria Venegas fuesse persona supuesta por don Guillen, importa poco, porque con la cession, quedò libre don Guillen de la obligacion primera, y extinguida la deuda de ella: supuesto que la persona verdadera a quiē se adquirio el derecho por la cessiō, fue a Dō Guillen, y Doña Maria Venegas *ministeriū accommodauit*, como dize Baldo vbi proxime.

Y assi solo con esto pueden pretender los Actores que la segūda obligacion fue cierta, y que el precio de la primera siruio para la segunda, como lo tienen alegado, y articulado, y pretender grado desde el dia de ella; nó empero para que lo tēgan desde el dia de la segunda.

Pero ni aun para esto tienen derecho, porque en el primero punto probamos que no auia existencia de deuda de la primera escritura, que es el origen que se toma por las otras partes para su pretension, y faltando este, cessa todo: porque los Actores alegan, y articulan que para la segunda escritura no huuo ni interuino dinero, sino q̄ el de la primera siruio para la segunda: y si (como auemos probado) no huuo dinero para la primera, tampoco huuo materia que siruiesse para la obligacion de la segun-

da; y aun quando esto cessàra con la paga, y entrego del Iuro, satisfizo, y pagò la segunda obligacion, y en virtud della no pidẽ cosa alguna los Actores.

QVOAD TERTIVM.

Que los Actores de este pleyto, quando (sin perjuyzio de la verdad) tuuieran derecho contra los dichos bienes, no es absolutamente por quantidad, sino por vn Iuro de ochocientos ducados de renta sobre Alcaualas de Seuilla, a finca de ciento y treynta quentos, con las calidades contenidas en la dicha escritura de quatro de Marzo de seiscientos y treynta años.

Para fundamento de esta pretension basta la mesma escritura, ibi: *El qual dicho Iuro despachado en la dicha conformidad, nos obligamos de traer y entregar desde oy dia de la fecha de esta carta hasta fin del mes de Diziẽbre del año que viene de 631. y en el interin que no se lo traxeremos y pagaremos a la dicha señora doña Maria de Arellano, y a quien su poder huuiere, a qui en Seuilla llanamẽte, y sin pleyto alguno, como sus liquidos, y reales deudores q̃ nos constituimos los reditos de los dichos diez y seys mil ducados, y por ellos ochocientos ducados en cada vn año, &c.*

Esta fue la obligacion precisa que tuuo don Guillen de dar Iuro en especie, y en el interim que no lo entregasse, pagar los reditos: y en defeto de traer Iuro a el plaço señalado, o hauiendoselo traido, no fuesse en la forma conuenida, se obliga en esta forma, como consta de la escritura, ibi: *Y si passado el dicho termino en q̃ le auemos de traer el dicho Iuro y entregadoselo, no se le huuieremos traido, ni entregado el priuilegio de el, y hauiẽdoselo traido no fuere en la conformidad desta escritura, y la dicha doña Maria de Arellano eligiere, y quisiere q̃ le boluamos los dichos diez y seis mil ducados, con lo q̃ huuiere corrido a razon de a veynte mil el millar, nos obligamos debaxo de la dicha mancomunidad, &c.*

Esta estipulacion y segunda obligacion alternatiua, en defeto de cumplir la primera de traer Iuro, no està cometida, ni ha llegado el caso de ella: suponiendose, que aũque la primera estipulacion fue de hecho, scilicet, *de traer vn Iuro, &c.* y que el obligado ad factum, sino lo haze, tenetur ad interesse. l. si pœnã 68. l. stipulationes non diuiduntur. 72. vers. Celsus. l. si quis. 112. §. fin. D. de

D.de verbor. Donelus lib.5.comm.cap.3. Alex. conf.212.nu. 14. lib.6. Decius conf.502.num.8.y que el intereſſe eſtà liquidado, y paccionado por la miſma eſcritura in verbis proximè relatis: todavia dezimos bien que no ha llegado eſte caſo, porque don Guillen traxo el Iuro, y lo entregò a Doña Maria antes de cumplirſe el plazo, con todas las calidades y condiciones de la obligacion, y lo recibio doña Maria; con que cumplio don Guillen con lo prometido, y conſiguio liberacion, quitando y matando la obligacio contraida, ex vulgata regula ſolutione eius quod debetur, &c. lo qual ſe prueba bien con la miſma eſcritura, ibi: *Y en auiendole traydo y entregado el dicho Iuro deſpachado en toda forma, los dichos reditos han de ceſſar, y la dicha Doña Maria de Arellano ha de cobrar los dichos ochocietos ducados de las rentas de las dichas Alcaualas deſde el dia de el goze de el, como coſa ſuya propria, y con pagarle noſotros pro rata los reditos haſta el dia de el goze de el dicho Iuro, auemos de auer cumplido cō nueſtra obligacion.*

Y el auerle ſacado à Doña Maria el dicho juro por derecho de prenda, no es caſo contenido en el contrato, ni preuenido en la eſcritura, porque ſolo huuo dos obligaciones, la vna de traer el Iuro al plaço conuenido y en el interim, y paſſado el plaço pagar los reditos. La ſegunda, que cumplido el plaço, y no hauiẽdo traido el Iuro, o no viniendo con las calidades paccionadas, tuuieſſe eleccion doña Maria para poder executar por los diez y ſeis mil ducados de plata, y reditos: no empero ſe preuino el caſo que ſucedio, de hauerſe ſacado por la hipotecaria el dicho Iuro. De que reſulta que en eſte punto venimos a reincidir en la miſma queſtion que tratamos ſupra en el ſegundo pũto, y reſoluiendola conforme a la opiniõ mas favorable a las otras partes, vendremos a dezir que por auerle ſalido incierta la paga y ſatiſfacion que hizo don Guillen con el dicho Iuro, ſuſcitô la obligacion que tenia de traer Iuro de Alcaualas, y que cumpliran los Acreedores con entregarle vn Iuro de la miſma calidad contenida en la eſcritura; ſin que Doña Maria de Arellano, o ſus herederos puedan pretender que eſtan en el caſo de la ſegunda obligacion: en que don Guillen dixo, que ſi paſſado el termino en q̃ le auia de traer el Iuro y entregadoſelo, no ſe le huuieſſe traido, ni entregado, y la dicha doña Maria quiſieſſe, y eligieſſe que le buelua los diez y ſeis mil ducados, ſe obligò a pagarſelo.

Porque como queda referido, no à llegado eſte caſo, ſupueſto que

que don Guillen traxo, y entregò el dicho Iuro, con que nunca pu do llegar, ni llegò el segundo caso: y finalmente como queda di cho, por esta escritura no se pide cosa alguna.

Esto es en caso que se huuiesse de seguir la opinion favorable a las otras partes, de que saliendo incierta la cosa dada in solutum, suscita la obligacion muerta con la paga, en que ay por la contraria tantos fundamentos como referimos, dicto puncto se cundo, con los quales, aun quando no bastassen para vēcer el juyzio, y inclinarlo a juzgar por mejor opinion, y mas bien fundada la fauorable a las partes que defendemos; bastaua para darlos por libres, solo el que fuesse dudosa y disputable, porque eñ estos terminos el Reo debe ser absuelto, y dado por libre, cum enim sunt partium iura obscura, fauendum est potius reo quam actori, cap. cum sunt partium de reg. iur. lib. 6. l. fauorabiliores D. eo dē. §. retinēdæ inst. de interdictis. l. inter pares D. de re iud. Alciatus de præsump. reg. 3. præsumpt. 44. Menochius eodem tract. lib. 2. præsump. 90. Sanchez in decalogo. lib. 1. cap. 9. nu. 51. Seneca epist. 11. *Reus (inquit) sententijs paribus absoluitur.*

QVOAD QVARTVM.

Que en ningun caso se deben reditos, a lo menos en la cañtidad que en su demanda pretenden los Herederos de Doña Maria de Arellano.

Este punto tiene menos duda, porque si no ay fundamento para lo principal, por necessaria consequencia no lo ay para los reditos: y aun vencidas las razones que tenemos en los tres puntos que quedā disputados, y fundados, no tiene fundamento alguno la pretension contraria, porque supuesto que si estuuieran los dichos herederos posseyendo el Iuro que les entregò don Guillen, solo huuieran percebido los reditos a razon de ochocientos ducados a el año, baxadas las medias anatas de que se â valido su Magestad: esto solo pueden pretender los here deros, pues no han de ser de mejor condiciō no posseyendo, q̄ lo fueran si posseyessen el juro; y solo pueden pretender lo que les falta por auerle salido incierto, y no mas, y desto se â de baxar lo que han cobrado pendiente el pleyto.

Con lo qual resoluemos, que los Actores no tienen derecho

ni accion para cobrar los veynte mil ducados de la primera escritura, assi por la falta de existencia de la pretensa deuda en su principio, como por auerse cedido a Doña Maria Venegas, y dado carta de pago, y chancelado la escritura, o por auerse transferido en la segunda, en virtud de la qual no se pide cosa alguna; antes se confiessa por las otras partes, que no se dieron los 16. mil ducados de plata, y assi por ella no se puede dar grado; y quando se huuiera pedido, tampoco se le podia dar, por auerse extinguido con la paga y entrego que se le hizo por don Guillen, del priuilegio con que murio la obligacion; que esta no suscitò por auerlo sacado los Acreedores por la hipotecaria, conforme a la mas verdadera opinion, que en cōflito de opiniones y razones, se à de seguir la favorable al reo: que quãdo se huuiesse de seguir la contraria, auia de ser para que suscitasse la segũda obligació, cuya paga fue la que salio incierta, y no la primera obligacion; cuya paga se hizo (conforme a la pretension contraria) transfiriendo la primera obligació en la segunda, y esta no ha salido incierta, sino la paga que se hizo de ella; que solo pudieran pretender los Actores q̄ se le entregasse vn Iuro de Alcaualas de ochocientos ducados de renta, y no dinero, y esto sin reditos, o alomenos con la moderacion contenida en el quarto punto. Quæ omnia tuæ dignissimæ censuræ submittimus.

El Lic. Duran de Torres.